

Frankenstein és az erkölcsi avantgárd: a jogállamiságtól az igazságszolgáltatás dominanciájáig

Alessandro Pinzani
alepinzani@gmail.com

Az UFSC filozófia tanszékének professzora; CNPq kutató.

Összefoglaló: A cikk az úgynevezett hatékonysági alkotmányossággal vagy neokonstitucionalizmussal kapcsolatos néhány megfontolást mutat be, azonban elméleti szempontok tárgyalására szorítkozik, konkrét esetek elemzése nélkül. **Először röviden bemutatjuk a neokonstitucionalizmus főveit, különösen Luis Prieto Sanchis megfogalmazásában; majd néhány megfontolásra kerül sor a neokonstitucionalizmus néhány kritikusának, különösen Juan García Amadónak az észrevételei alapján. E két szerző téziseit a szerző és más szerzők néhány észrevétele egészíti ki, akik ragaszkodnak a vitánk szempontjából lényeges szempontokhoz.**

Kulcsszavak: neokonstitucionalizmus; hatékonysági alkotmányosság; bírói aktivizmus; Prieto Sanchis; García Amado; alkotmánybíróság

Összefoglaló: A cikk néhány megfontolást nyújt az úgynevezett hatékonysági alkotmányosságról vagy neokonstitucionalizmusról, azonban elméleti szempontok tárgyalására szorítkozik, konkrét esetek elemzése nélkül. **Először röviden bemutatjuk a neokonstitucionalizmus központi elveit, különösen Luis Prieto Sanchis megfogalmazásában; majd néhány kritikusának, különösen Juan García Amadónak az észrevételeiből kiindulva néhány megfontolásra kerül sor. E két szerző téziseit a szerző és más szerzők néhány olyan észrevétele egészíti ki, amelyek a mi vitánk szempontjából lényeges szempontokat érintettek.**

Kulcsszavak: neokonstitucionalizmus; hatékonysági alkotmányosság; bírói aktivizmus; Prieto Sanchis; García Amado; alkotmánybíróságok; alkotmányos bíróságok

Ebben a cikkben szeretnék néhány megfontolást tenni egy olyan jelenségről, amely az elmúlt évtizedek legtöbbet tárgyalt jelenségei közé tartozik, és amelyet többféleképpen definiáltak, némelyek szinte becsmélően (decisionizmus vagy bírói aktivizmus), mások semlegesebben vagy akár pozitívabban (hatékonysági alkotmányosság vagy *neokonstitucionalizmus* - ez a kifejezés nemcsak egy jogi elméletet, hanem egy bírói gyakorlatot is jelöl). Mivel ez pontosan egy olyan jelenség, amelyet már széles körben megvitattak, néhány olyan megfontolásra szorítkozom, amelyek a jogelmélet és a joggyakorlat szempontjából marginálisak lehetnek, de a politikai filozófia szempontjából bizonyos jelentőséggel bírnak. Ezért az elméletek tárgyalására fogok szorítkozni, és nem fogok konkrét eseteket elemezni, még akkor sem, ha időről időre konkrét példákra is támaszkodom. Az, hogy inkább egy elmélet megvitatását részesítem előnyben, mint a jelen diagnózisának felállítását, annak a körülménynek köszönhető, hogy voltak már olyan szerzők, akik az utóbbi feladattal foglalkoztak, valamint annak a ténynek, hogy a szóban forgó elmélet véleményem szerint alapvető szerepet játszott a brazil igazságszolgáltatás nagy részének az elmúlt években tanúsított hozzáállásában, és az STF miniszterei néhány központi döntés, például Lula elnök Habeas Corpus kérelmével kapcsolatos döntés indoklására használták.

Először röviden bemutatom a neokonstitucionalizmus számomra alapvetőnek tűnő alapelveit, majd néhány kritikusának észrevételei alapján teszek néhány megfontolást. A neokonzervatív álláspontok számos megfogalmazása közül (Comanducci, Barroso, Zagrebelsky, Carbonell) a Luis Prieto Sanchís által felajánlott fogom használni, amely egy érdekes vitára adott okot Juan García Amadóval (most a CARBONELL, 2007). Így a két álláspont rövid elemzésével megérthetjük, hogy mi a tét. Ugyanakkor a két spanyol szerző téziseit kiegészítem néhány saját és más szerzők észrevételeivel, akik ragaszkodnak a vitánk szempontjából lényeges szempontokhoz.

1) Mi a neokonstitucionalizmus

Az alkotmány fogalma vitatott, mint minden politikai fogalom. Maga a joghatósági tevékenység közvetlenül attól függ, hogy a bírák hogyan értelmezik azt. Ezért problematikus úgy tekinteni ezt a tevékenységet, mintha egységes jelenséget képviselne, mintha egyetlen szándéknak engedelmessé cselekvés lenne, mintha egyetlen "igazságszolgáltatás" nevű alany létezne. Az elmúlt évtizedekben azonban Braziliában a bírák tevékenységének egy bizonyos értelmezési módja érvényesült, amely nézet a neokonstitucionalizmusban találta meg a legszilárdabb elméleti alapját. Bár ez a jogi elmélet (és gyakorlat) nem az egyetlen, de még csak nem is a legelterjedtebb a brazil bírói szférában, úgy tűnik számomra, hogy egyesíti mindazokat a szempontokat, amelyek a legmarkánsabban jellemezték a brazil bírák tevékenységét, akik megpróbálták megszabadulni a Braziliában hosszú ideig uralkodó szűk pozitívista olvasat által rájuk kényszerített gyeploktól. És ahogy az gyakran előfordul, egyik végletből a másikba estek.

Mielőtt azonban a neokonstitucionalizmus központi jellemzőit tárgyalnánk, érdemes néhány megfontolást végezni az alkotmány fogalmáról való különböző gondolkodásmódokról. E célból egy neokonstitucionalista szerzőhöz fordulok, éppen azért, hogy jobban megértsük, mit ért ez az elmélet **alkotmányát. Az átfogó szerző Pedro Pablo Kuczynski (2007) négyalkotmányozási** modellt azonosít, azaz négy különböző módját annak, hogy miként képzeljük el, mi az alkotmány; mindegyiknek más-más gondolkodásmód felel meg az igazságszolgáltatás tevékenységéről és az alkotmányossági ellenőrzés tevékenységéről, de ezzel itt nem foglalkozom.

A négy modellt két központi kérdés mentén különböztetjük meg egymástól: az alkotmányt tekinthetjük rendnek vagy normának; a modellt lehet leíró vagy axiológiai. Ebből a következő négy lehetőség adódik:

Modell típusa	Leírás	Axiológiai
Alkotmány mint		
Megrendelés	Az alkotmány mint rend leíró modellje	Az alkotmány mint rend axiológiai modellje
Standard	Az alkotmány mint norma leíró modellje	Az alkotmány mint norma axiológiai modellje

Az alkotmány mint rend leíró modelljében az alkotmányt társadalmi jelenségek összességének tekintik, amely meghatározza a társadalom és az állam alapvető szerkezetét, anélkül, hogy belső értékkel rendelkezne vagy normákat hozna létre. Megmutatja, hogyan szerveződnek a közhatalmi szervek, és milyen a kapcsolatuk a polgárokkal és a civil társadalom szereplőivel. Michel Troper szavaival élve (apud COMANDUCCI, 2007, 49. o.), az alkotmány nem a *sollen* (a lenni), hanem a *sein* (a lét) világához tartozik.

Az alkotmány mint rend axiológiai modelljében a szóban forgó társadalmi jelenségek belső értékkel rendelkeznek és normákat hoznak létre. Comanducci példaként Carl Schmittet idézi, aki szerint az alkotmány "a politikai unió fajtájáról és formájáról szóló teljes döntés" (apud COMANDUCCI, 2007, 46. o.), és Costantino Mortati, aki bevezette az anyagi alkotmány fogalmát, hogy megkülönböztesse azt a pozitív vagy formális alkotmánytól. E nézet szerint a társadalmi rend maga is rendelkezik egy belső normativitással, amely a normatermelő tevékenységében tükröződik. Az alkotmány egy nép kultúrájának és értékeinek kifejeződése. Ez a tradicionalista vagy ellenforradalmi szerzők, például Burke és de Maistre, de a náci jogászok jellemző nézete is, akik antipozitivistá buzgalmukban a törvényekkel és a weimari alkotmánnyal gyakran szembemenő döntéseiket olyan szuprapozitív erkölcsi elvekre hivatkozva alapozták, mint a német nép egészséges etikuma (vö. PAUER-STUDER és FINK, 2014; MAUS, 2018).

Az alkotmány mint norma leíró modellje az alkotmányt egy sajátos normatív szövegnek, az úgynevezett formális alkotmánynak tekinti: olyan normák összességének, amely magát a törvényhozást szabályozza, vagy a politikai intézményeket szervezi stb. Ez talán az alkotmányjogi irodalomban leginkább használt modell, különösen, de nem kizárólagosan a jogi pozitívizmus különböző értelmezéseiben, Kelsentől Hartig.

~~Az alkotmány mint norma axiológiai modellje tehát köztársadalmi jelenség, amelyben~~ **Az alkotmány mint norma axiológiai modellje tehát köztársadalmi jelenség** Ebben a modellben "minden jogszabályt az alkotmány teljesítéseként értelmeznek, és az alkotmány fényében értelmezik" (COMANDUCCI, 2007, 52. o.). Mindenekelőtt azonban a *sein* és *sollen*, a lenni és a lenni kell közötti különbségtétel olyannyira meggyengül, hogy szinte eltűnik.

Hogy jobban megértsük ~~et a rend leíró modellt, amelynek célja, a népi jogalkotás~~ **et a rend leíró modellt, amelynek célja, a népi jogalkotás** ~~értékesítéket,~~ amelyek Carlos Bernal Pulido (2007, 290. o.) rekonstrukciója szerint a Luis Prieto Sanchís-féle neokonstitucionalizmust jellemzik:

1. Az alkotmány anyagi jellegű, azaz "sűrű tartalma van" (PRIETO SANCHÍS, 2007, 213. o.), amely ~~és szóban, de nem kizárólag az alkotmány szövegének tartalmán fejeződik ki.~~ Röviden, nem olyan szövegről van szó, amely a pozitív jog legitim előállítására vonatkozó formális szabályok megállapítására korlátozódik, mint az alkotmány mint norma leíró modelljében.

2. Az alkotmány garantált, azaz a bírák védik. Egyes országokban ez egy külön bíróságon keresztül történik, mint például a német Szövetségi Alkotmánybíróság; más országokban egy olyan bíróságon keresztül, amely nemcsak az alkotmányos ellenőrzés tevékenységét végzi, hanem legfelsőbb bíró instanciaként is szolgál; más országokban a bírák tevékenysége révén, valamennyi döntéshozatali szinten, beleértve a bírósági hierarchiában alacsonyabb szinten álló bíróságokat is, mint például az elsőfokú bíróságok; más országokban végül az alkotmányt a bírói és a törvényhozó testület közös fellépése vagy maga a törvényhozó testület garantálja, mint például az Egyesült Királyságban. A lehetőségek sokfélesége részben akadályozza egy egységes elmélet kidolgozását, és rámutat a neokonstitucionalizmus bizonyos pragmatikus jellegére. Nem szabad elfelejteni, hogy azok az országok, amelyekben az alkotmányos ellenőrzést egy igazságügyi szerv biztosítja, általában olyan országok, amelyek totalitárius vagy diktatórikus tapasztalatokból kerültek ki, mint például Olaszország, Németország vagy Brazília. Az alkotmányszövegbe való bevezetését azonban elsősorban az egyének alapvető jogainak az állam esetleges túlkapásaival szembeni védelmére gondolták, azaz "passzív" védelmi feladatként, nem pedig "aktív", új jogok meghatározására és megvalósítására vagy a meglévők kiterjesztésére irányuló feladatként. Az olasz alkotmánybíróság például sokkal kevésbé "aktív" vagy javaslattevő, mint a brazil STF.

3. Az alkotmány mindenütt jelen van, és áthatja az egész jogrendszert: "a jogalkotó számára nincsenek kivételes terek, mert minden tér szabályozottnak tűnik" (PRIETO SANCHÍS, 2007, 218. o.) Riccardo Guastini (2002) kifejezésével élve, amelyet több szerző is átvett, az alkotmány *invazív* vagy *beavatkozó*, mert behatol a különböző (társadalmi, politikai, gazdasági stb.) szférákba. Vagy, hogy egy klasszikus mondást idézzek: *quod non est in constitutione, non est in mundo* (JESTAEDT, 2011, 87. o.).

4. Az alkotmány elvi szabályozást hoz létre, és ezért elismeri a normái közötti konfliktusok vagy ütközések lehetőségét; röviden szólva "alkotmányosan lehetséges világok" pluralitását hozza létre (J. J. Moreso apud PRIETO SANCHÍS, 2007, 218. o.). Ezért tekintik élő alkotmánynak, amely folyamatos változásban van.

5. Az alkotmányt súlyozással alkalmazzák, ami lehetővé teszi az ütköző elvek közötti hierarchia felállítását.

6. Az alkotmány és a jog viszonyának "földrajzi" modelljét, amely szerint a kettő között *egyetlen* határvonal húzódik: egy ügy vagy jogi, vagy alkotmányos, elvetjük. Ehelyett az alkotmány és a jogalkotás kapcsolatának argumentatív modelljét erősítik meg, amely szerint "nincs olyan jogi probléma, amely ne lenne alkotmányos, és ez azt jelenti, hogy ki kell zárni egy olyan politikai világ létezését, amely elkülönül az alkotmányos befolyástól vagy mentes az attól" (PRIETO SANCHÍS, 2007, 221. o.).

A neokonstitucionalizmus másik lényeges pontja, amelyet Prieto Sanchís kiemel, a jog átalakító jellege, mivel egy "átalakuló alkotmányt" céloz meg, amely jelentősen meg kívánja kondicionálni a többség döntéseit, de amelynek alapvető főszereplője nem a jogalkotó, hanem a bírák" (PRIETO SANCHÍS, 2003, 127. o.). Ez egy brazil neokonstitucionalista, Eduardo Moreira szavaival élve "a törvényhozó autonómia helyett nagyobb bírói jelenlétet" jelent (MOREIRA, 2008, 38. o.). Ezért - ugyanezen szerző szavaival élve - "egy olyan jogtól, amelyben a szabályok előírják, hogy mit kell tenni, egy olyan joghoz jutottunk, amelyben az elvek jelzik, hogy mit lehet tenni" (MOREIRA, 2008, 18. o.). A neokonstitucionalizmus tehát "olyan jogelmélet, amely azzal foglalkozik, hogy átalakítsa azt, aminek nem szabadna lennie, és azzal az igénnyel, hogy kijavítsa azt, ami racionálisan javítható (a "lehet" eszméje)" (ibidem), vagy akár azzal az igénnyel, hogy elérjen egy bizonyos kívánt eredményt, bár nem mindig világos, hogy ki által: ha maga az alkotmány vagy a bírák által. Ezen a ponton a neokonstitucionalizmus eltér Dworkin álláspontjától, akit egyik mentorának tartanak. Dworkin (2010) szerint az igazságszolgáltatásnak kizárólag olyan elvi kérdésekkel kellene foglalkoznia, amelyek egy konkrét probléma kapcsán merülnek fel, és a teleológiai kérdéseket, azaz a tágabb célokat érintő kérdéseket meg kellene hagynia a

a kormányzati szervek által közpolitikák révén megoldott. Amikor az igazságszolgáltatás azt állítja magának, hogy általánosabb célok elérésére is illetékes (amelyek a társadalmi igazságtalanságok csökkentésétől a korrupció elleni küzdelemig terjedhetnek), akkor extrapolálja hatáskörét. A neokonstitucionalisták azonban azt válaszolhatják, hogy néha a célok kifejezetten szerepelnek az alkotmány szövegében, mint például az 1988-as alkotmány esetében, amely a preambulumban és egyes cikkelyekben azt állítja, hogy célja egy igazságosabb társadalom megteremtése.

Végül a neokonstitucionalizmus szerint létezik olyan, hogy "jog plusz", a német szövetségi alkotmánybíróság által használt kifejezést kölcsönözve: "A jogot nem azonosítják írott törvények összességével. Bizonyos körülmények között az államhatalom pozitív státútumaihoz képest létezhet egy "plusz" jog [*Mehr am Recht*], amelynek forrása az alkotmányos jogrendben mint jelentéstartalom teljességében van, és amely az írott jog korrekciójaként szolgálhat [...]. A bíróság feladata megkövetelheti, hogy döntéseiben az értékelő megismerés aktusán keresztül, amelyben nem hiányoznak a döntési elemek [ahogyan Schmitt már megállapította, mint láttuk - A. P.], olyan értékeket találjon meg és valósítson meg, amelyek az alkotmányos jogrendben immanensek, de az írott törvények szövegében nem vagy csak részben jutottak kifejezésre" (BVerfGE 34, 269ff. és 287; trad. parcial apud MOREIRA, 2008, 49. o.; eredeti szöveg apud MAUS, 2018, 118. o.). A Szövetségi Alkotmánybíróság mindig azt állítja, hogy elismeri "a pozitív jog feletti jog létezését, amely az alkotmányos törvényhozó hatalmat is köti, és rendelkezik azzal a hatáskörrel, hogy a pozitív jogot ennek alapján megítélje" (BVerfGE 1, 12, 32, apud MAUS, 2018, 28. o.).

2) García Amado kritikája a neokonstitucionalizmussal szemben

Most a neokonstitucionalizmus néhány kritikáját fogom megvitatni, különösen Juan García Amado kritikáját. Mint már említettem, nemcsak leleplezni, hanem fel is kívánom erősíteni ezeket a kritikákat, amelyek három tematikus csoportba gyűjthetők, amelyek a következőkre vonatkoznak: a) az alkotmány mindenhatósága vagy invazív jellege, b) a neokonstitucionalizmus politika- és demokráciaellenes jellege és c) az alkotmány metafizikai jellege, azaz a jog és az etika szétválasztásának vége.

a) Az alkotmány mindenhatósága

~~García Amado kritikája Prieto Sanchís szövegéhez, hogy összekeveri az alkotmányt azzal, amit az alkotmány értelmezői mondanak. Az alkotmány csak azt mondja ki, amit a szavai mondanak, és csak három kategóriája van a dolgoknak: "a) olyan dolgok, amelyeket az alkotmány egyértelműen kimond, hogy követel, tilt vagy megenged (például: a spanyol alkotmány 15. cikke szerint békeidőben tilos a halálbüntetés); b) olyan dolgok, amelyekről egyáltalán nem mond semmit (például: hány háziállatot tarthatok a lakásban); c) olyan dolgok, amelyekről nem tudjuk, hogy mond-e valamit vagy sem, és végül is, *hogyan mit* mond, mert ez attól függ, hogyan értelmezzük a terminusait és a kijelentéseit (például: egy nem házasság vagy homoszexuális stabil pár "család" vagy sem, és ezért megérdemli-e a spanyol alkotmány 39. cikkének köztársasági védelmet" (GARCÍA AMADO, 2007, p. 238).~~

Prieto Sanchís vagy egy másik neokonstitucionalista azt válaszolhatná, hogy mivel az alkotmány mindenütt jelen van, a b) és c) típusú kérdéseket is szabályozza, még ha nem is teszi ezt kifejezetten (vö. BERNAL PULIDO, 2007, 292. o.). A bírák feladata, hogy megtalálják benne azokat az elveket, amelyek lehetővé teszik az ilyen kérdéseket szabályozó jogi szabályok egyértelművé tételét. Pontosan ezt az álláspontot kritizálja García Amado (2007, 238. o.), amikor felteszi a kérdést, hogy "milyen módon van jelen egy konkrét mandátum egy szemantikailag határozatlan alkotmányos megfogalmazásban". García Amado szerint, aki a pozitivisták nézetét képviseli, az alkotmányban nincs több, mint amit a szavak tartalmaznak, és nincsenek nyelv előtti tartalmak (például olyan értékek vagy elvek, amelyeket az alkotmány szövege nem említ kifejezetten), ahogyan azt a neokonstitucionalisták gondolják. Ezek végül olyan értékeket és elveket vetítenek ki az alkotmányba, amelyekre szerzőik soha nem gondoltak.

Egyfelől ennek a vetítési műveletnek lehet értelme, különösen akkor, ha más korszakokban írt alkotmányos szövegekről van szó, mint például az 1787-es amerikai szövetségi alkotmány esetében. Az ilyen szövegek "originalista" (akár textualista, akár intencionalista) olvasatának kockázata az, hogy a jelenlegi generációkat arra ítéli, hogy jogrendszerüket olyan értékek szerint szervezzék, amelyeket ~~elavultnak vagy saját igényeiknek nem megfelelőnek tartanak. Ez lenne a hivatkoztatás az élekedett~~ amiről már Thomas Jefferson is beszélt (vö. CONSANI és PINZANI, 2013), aki sokkal szűkebb időben gondolkodott, nevezetesen az egyik nemzedéket a másiktól elválasztó térben: képzeljük el, ha évszázadokban gondolkodott volna!

Másrészt az originalizmus veszélye csak néhány alkotmányra korlátozódik, és nem annyira releváns az újabb alkotmányok, például az 1988-as brazil alkotmány esetében. Továbbá, ha értékek ütköznek egymással, mint például a család fogalmának meghatározása esetében, mindig lehetőség van arra, hogy az eredeti szöveget jogalkotási eszközökkel módosítsák, és olyan értékre vagy elvre való kifejezett utalást illesszenek bele, amely nem volt benne, vagy amely ma elfogadhatatlannak tartott módon volt benne. Végül is az alkotmány szövege nem szent szöveg (az 1988-as brazil alkotmányt több mint százszor módosították). Úgy tűnik, hogy a neokonstitucionalisták ingadoznak egyrészt az alkotmánynak mint valami élőnek, mint nyitott, módosításra alkalmas szövegnek a látása, másrészt pedig az a tendencia között, hogy magukat az alkotmányos szöveg egyetlen megbízható és felhatalmazott értelmezőjének állítják be, amely ebben az esetben zárt jelleget ölt. Ingeborg Maus ezért Jürgen Seifert kifejezését átvéve "alkotmányteológiáról" beszél, amelyben az alkotmányos szöveget a Biblia vagy a Korán mintájára szent szövegnek tekintik, amelyből a szakavatott tudósok "közvetlenül a helyes értékeket és magatartásformákat vezetik le" (MAUS, 2018, 29. o.). Röviden, az alkotmány mindenütt jelenlévő voltának gondolata szerint minden egyes jogi esetet az alkotmány már előre lát, explicit vagy implicit módon; az alkotmány értelmezőinek (a bírácoknak) kell felhozniuk azt a normát vagy elvet (írott vagy szuprapozitív), amely egyszer és mindenkorra lehetővé teszi annak megoldását.

b) A neokonstitucionalizmus politika- és demokráciaellenes jellege

García Amado második kritikája a neokonstitucionalizmus politika- és demokráciaellenes jellege ellen irányul: Ha az alkotmány nem hagy szabad teret, és ha ez a szabályozás, ha nem explicit, az alkotmányos szöveg értelmezésétől és a nem explicit értékek bírói súlyozásától függ, akkor - állapítja meg García Amado - "nem marad hely a politikát gyakorló társadalom számára, és mindannyian a legfőbb politikai és nem demokratikus szerv, nevezetesen a bírói kar alattvalóivá válunk" (apud BERNAL PULIDO, 2007, p.). 294). Az igazságszolgáltatás és nem a demokratikusan megválasztott parlament a valódi jogalkotó.

Ahhoz, hogy megértsük, miért tulajdonít García Amado a neokonstitucionalizmusnak politikaellenes ~~jelleg, nem szabad elfelejtenünk, hogy a politikai életben a konfliktus és a demokratikus politika az~~ ~~előzőekkel közötti ellentét és megkülönböztetés jellege, a léte, hogy megpróbálunk megérteni~~ egyes érdekek "igazságát" vagy "igazát" és mások hamis vagy igazságtalan jellegét. A demokratikus politika nem tagadja az érdekek összeférhetetlen eltérését, hanem ebből táplálkozik, és csak azt próbálja megakadályozni, hogy a konfliktus a társadalmi szövetet rombolóvá váljon. A neokonstitucionalizmus ezzel szemben az érdekek közötti harmónia és egy olyan társadalmi egység megteremtésére törekszik, amely a valóságban nem létezik, és soha nem is létezhet. A lét és a lenni akarás összehangolására való törekvés során végül feláldozza az előbbit - vagy inkább: a társadalom összetett konfliktusos valóságára a konfliktusok egyoldalú megoldását erőlteti rá, és így végül csak az ~~egyik, az ötéssel az egyetlen~~ legitimnek tekintett érdekét szolgálja. A neokonstitucionalizmus totalizáló logikája szerint, amely szerint a jogot tág értelemben kell érteni, azaz beleértve a feltételezhetően objektív erkölcsi elveket is, minden konfliktusra csak egyetlen megoldás létezik, amelyet vagy közvetlenül az alkotmány szövegében, vagy az elvek súlyozásával kell megtalálni.

amelyek nem feltétlenül vannak benne kifejezetten jelen. E logika szerint, ha az ~~átóccok~~ között konfliktus áll fenn, ~~csak az egyik fél évi telérthők teljes nótében indoklók~~ és ezért érvényesülniük kell. A konfliktus jogi megoldása azáltal, hogy az egyik félnek "okot" tulajdonítanak, így felülkerekedik az ellentétes érdekek megegyezésén keresztül történő politikai konszenzus kialakításán. A politika igazságszolgáltatásba vonása nem a politika új módját jelenti, hanem a politika halálát.

Ebben a folyamatban a bíró egyfajta felvilágosult despotává válik, aki a többi hatalomra és a társadalomra olyan társadalmi békét kényszerít, amelyet csak ő lát tisztán. A bíró alakja így központi szerepet kap

- nemcsak a fékek és ellensúlyok alkotmányos rendszerében elfoglalt helye, hanem az is, hogy ő képviseli a társadalom erkölcsi lelkiismeretét. Ez azt feltételezi, hogy az intézmények többi képviselőjénél, különösen a törvényhozás és a végrehajtó hatalom tagjainál magasabb rendű erkölcsi személyiséggel rendelkezik; valójában itt egy érdekes fordított helyzet áll fenn: nem az ő integer személyisége az, ami a társadalom erkölcsi lelkiismeretének címkéjét adja neki; hanem a bírói pozíciója az, ami a többi képviselő fölé emeli őt, és garantálja személyének erkölcsi integritását, függetlenül attól, hogy ez igaz-e vagy sem. Ő egész szám mint bíró, nem pedig bíró mint egész szám. Erre a pontra a jog és az erkölcs kapcsolatának a neokonstitucionalizmusban való megvitatásával térek vissza.

A neokonstitucionalizmus politikaellenes jellege különösen abban nyilvánul meg, hogy a súlyozási módszernek mint a jogi konfliktusok megoldásának eszközének elsőbbséget tulajdonít. García Amado (1996/97, 71. o.) szerint a súlyozás irracionális eljárás, mivel nincs világos struktúrája, és nincs "ponderométer", azaz "interszjektív kritérium, amely meghatározza, hogy egy konkrét esetben mikor kell az egyik elvet előnyben részesíteni egy másikkal szemben" (BERNAL POLIDO, 2007, 296. o.). A súlyozás végül "a legitimitás látszatát kelti egy olyan bírói aktivizmusban", amely sérti "a jogalkotó és a rendes joghatóság hatáskörét, és összeegyeztethetetlen a demokráciával és a jogállamisággal" (BERNAL POLIDO 2007, 296. o.). Ernst-Wolfgang Böckenförde, aki a német szövetségi alkotmánybíróság bírója volt, egy hasonló gondolatot fogalmazott meg, amikor azt mondta, hogy az egyik államtípusból egy másikba lépünk át, nevezetesen "a parlamenti törvényhozás államából az alkotmányt végrehajtó igazságszolgáltatás államába" (BÖCKENFÖRDE, 1981, 402. o.).

Ez olyan legitimációs problémát vet fel, amely a parlamenti eljárások esetében nem merül fel, és amelynek két aspektusa van. Az első és legnyilvánvalóbb ahhoz a tényhez kapcsolódik, hogy a parlamenti képviselőket demokratikusan választják, az alkotmányosságot ellenőrző bíróságok bírát pedig nem. Az alkotmánybíróságok tagjait akár választott politikai szervek, például az elnök, a szenátus vagy a parlament is kinevezheti, és ezért kinevezésük a polgárok többsége politikai akaratának közvetett kifejeződésének tekinthető, de ez nem vonatkozik az alacsonyabb szinteken tevékenykedő bírákra, akik egyes jogrendszerekben, például a brazilban, megkérdőjelezhetik egy törvény alkotmányosságát. És a választott politikai testületek által kinevezett bírák esetében is, akiknek a tisztsége általában élethosszigan szól, és nem vonható vissza. Ez az intézkedés, amelynek célja, hogy mentessé tegye őket a politikai nyomásgyakorlástól és garantálja ítéleteik függetlenségét, azt eredményezi, hogy egyúttal mentesülnek a szuverén nép felé való elszámoltathatóságtól, amely nem tudja leváltani őket, ha nem tetszenek a döntéseik, ahogyan ez a kormányok és a parlamentek esetében történik. Míg a választott politikusok teljes felelősséget vállalnak döntéseikért, és a polgárok megbüntethetik őket, addig a bírakat soha nem vonják felelősségre mérlegelésük eredményéért, annak ellenére, hogy ennek magas gazdasági és társadalmi költségei lehetnek. Az egyetlenek, akik felülvizsgálhatják az ilyen döntéseket, a választott képviselők, azaz a parlament: vagy olyan törvény kibocsátásával, amely másként szabályozza a bírák által eldöntött kérdést, vagy az alkotmány olyan módosításával, amely aláássa a kérdéses döntés jogalapját. A probléma az, hogy a törvényhozás ezen intézkedését a bírói testület alkotmányossági ellenőrzése alá lehet vetni, ahogyan ez Brazíliában történik, és így az utolsó szót a bírói testületnek kell kimondania. Bizonyos értelemben ez megerősíti Böckenförde diagnózisát: egy olyan államformától mentünk el, amelyben az utolsó

A múltban a jogalkotó szava a parlamenti törvényhozás szava volt, most azonban a bírói hatalom szava, amely így a valódi szuverénné válik (a hagyományos értelemben vett *potestas superiorem non recognoscens*). Az igazságszolgáltatás megszűnik pusztán a törvényesség letéteményese, az alapvető jogok védelmezője és az alkotmányban rögzített hatalommegosztás őre lenni. Ezt nevezem én az igazságszolgáltatás uralmának.

Valaki megjegyezhetné, hogy ez ~~nem sülygésű kövleny, níd az igazsádgltás épnaz~~ alkotmányszöveg által ~~garantál jog védelmszedbklőú és radkistbalknázánk bizostás~~ érdekében járna el. A valóságban ez a garantizmusra igaz (például Ferrajoli változatában), ami nem esik egybe a neokonstitucionalizmussal. Igaz, hogy a neokonstitucionalisták általában garantisták, mert az alkotmányokban felsorolt alapjogokat olyan elvek és értékek kifejeződésének tekintik, amelyeket potenciálisan minden konkrét jogesetben alkalmazni kell. Az elvek súlyozása azonban akár arra is vezethet egy bírót, hogy egy általa magasabb rendűnek tartott érték vagy elv nevében csökkentse az alkotmány által garantált jogot: az ártatlanság véelmét, amelyet például az 1988-as alkotmány szövege garantál, egy neokonstitucionalista bíró pusztá elvnek, nem pedig jognak vagy szabálynak tekintheti, és egy másik elv - például a jogrendszerbe vetett bizalom - javára előzheti meg, még akkor is, ha ez egy sokkal homályosabb és nehezebben meghatározható elv - ami megerősíti García Amado azon észrevételét, hogy nincs súlymérő, és hogy a súlyozási módszer önkényes eredményekhez vezethet, amelyek a bírák szubjektív véleményéhez kapcsolódnak azzal kapcsolatban, hogy mi számít elvnek, és hogy mi a feltételezett felsőbbrendűsége más elvekkel szemben. Ahogy Ingeborg Maus megállapítja: "Az alapjogok korlátait minden esetben az értékek súlyozásával és mindig az adott körülmények figyelembevételével határozzuk meg, azaz más körülmények között másként is meghatározhatók" (MAUS, 2018, 43. o.). Így a jogállamiság egyik pillére, nevezetesen a jogbiztonság megrendül, amint az alkotmány szövegében kifejezetten megfogalmazott szabályok vagy elvek a bíró mérlegelésének tárgyává válnak, és a bíró a szövegben nem szereplő elvek javára előzheti meg őket.

Ezzel a váddal szemben a neokonstitucionalisták a megdönthetőség gondolatához folyamodnak (vö. MOREIRA, 2008, 94. o.): egy szabály kivételes esetekben megdönthető anélkül, hogy szabályként elveszítené értékét. Ha a bíró a szabály (például az ártatlanság véelmének szabálya) hatásainak értékelése során arra a következtetésre jut, hogy azok a vizsgált konkrét ügyben károsak, vagy sértik az általa értékesnek tartott egy vagy több alapvet, akkor jogosult lenne úgy tekinteni, hogy a szabály "legyőzte" a trais elveket, bár más esetekben megtartja értékét mint szabály.

Ez azonban ismét teret enged az önkényes eredményeknek, különösen azokban az esetekben, amikor a bírák nem a többi bíróval folytatott nyílt vita keretében hozzák meg döntéseiket, hanem elszigetelten jutnak el a következtetésekhez, egyszerűen közölve azokat a bíróság többi tagjával a szavazatok felolvasásakor vagy indokolásakor, ahogyan az az STF-ben történik. A súlyozás úgy történik, hogy a bíró maga az egyetlen tárgyalópartner, és nem vitatkozik a többiekkel. Ebből adódik a mérlegelés elkerülhetetlen benyomása, amely abból adódik, hogy a különböző bírák ellentétes elvekre vagy akár ugyanazokra az elvekre hivatkozva, de a hierarchiát megfordítva indokolják eltérő szavazataikat.

Ezt a neokonstitucionalisták is elismerik. Zagrebelsky szavaival élve: "a mérlegelés a bírói döntésekben, akárcsak a politikai döntésekben, leküzdhetetlen tény" (2006, 6. o.), és ezért nem jelent problémát. Ez azonban csak akkor lenne igaz, ha a bírák mérlegelési jogkörben hozott döntései ugyanolyan könnyen módosíthatók lennének, mint a kormányok és a parlamentek hasonlóan mérlegelési jogkörben hozott döntései. De mint tudjuk, ez nem olyan egyszerű.

A fent említett legitimációs probléma második aspektusa kevésbé nyilvánvaló, mint az első, és a bírósági eljárás kizárólagos jellegéhez kapcsolódik (MÖLLERS, 2011, 318. o.). A bírák egyedi ügyben döntenek, és csak az érintett feleket hallgatják meg, de döntésük az egész jogi közösséget, az összes állampolgárt érintheti, anélkül, hogy széles körű, minden lehetséges álláspontot képviselő vita zajlana, ahogyan az általában a parlamentekben történik. Ez a kizárólagos jelleg leginkább azokban az esetekben mutatkozik meg, amikor az adott bíróság bírái monokratikusan döntenek, vagy a kollégiumi döntések esetében még csak nem is tanácskoznak egymás között, hanem csupán véleményüket fejezik ki, amikor döntésüket nyilvánosságra hozzák, amint láttuk. A politikai döntéseket ráadásul felül lehet vizsgálni, például ha a törvényhozásban megváltozik a többség. A racionálisnak vélelmezett elvi érvek alapján hozott bírósági döntést nem valószínű, hogy módosítják, mert ha ez megtörténne, az bizalmi válságot idézne elő az érintett bíróság azon képességében, hogy racionálisan igazolja döntéseit, vagy akár pártatlanságában és jóhiszeműségében.

Ezek a legitimációs problémák rámutatnak a neokonstitucionalizmus antidemokratikus jellegére, amelyet, mint látni fogjuk, egyes hívei nemcsak elismerik, hanem nyíltan védelmezik is. Mindenekelőtt azonban azt mutatják, hogy a neokonstitucionalizmus abból indul ki, hogy a társadalmi konfliktusokat pusztán jogi konfliktusoknak vagy különböző erkölcsi elvek közötti konfliktusoknak tekinti - olyan konfliktusoknak, amelyeket ezért egyértelmű bírósági döntéssel lehet feloldani. Még egyszer: ha az egyik fél kerül ki győztesen a jogi eljárásból, ha az ő érdekeit ismerik el egyedülként, amelyeknek elegendő jogi vagy erkölcsi alapja van, akkor a legyőzött felek érdekeit *eo ipso* jogilag és erkölcsileg illegitimnek nyilvánítják - ellentétben azzal, ami akkor történik, ha a konfliktus megoldása politikai jellegű, és a parlament jogalkotó tevékenységén keresztül történik. A társadalmi konfliktus végül ~~zárosztójátékká válik, amelyben az egyik fél nyer, a másik veszít, anélkül, hogy lehetne egy közvetítőnegotációs, amelyben a felek találkoznak egymással.~~ Ez megváltozik a választottbíráskodás vagy más alternatív vitarendezési módszerek igénybevétele esetén, amelyek azonban úgy tűnik számomra, hogy ellentétesek a neokonstitucionalizmus szándékaival és intuícióival, mivel inkább azt a tendenciát jelzik, hogy minden jogi kérdést nem alkotmányjogi, hanem magánjogi, szerződési jogi vagy *kártérítési jogi* kérdésként kezelnek - ez a tendencia viszont azt eredményezheti, hogy a jogot eszközként használják a demokratikusan meghozott döntésekkel szemben (erre a felhasználásra találták ki a *lawfare* kifejezést, mint ismeretes).

c) A metafizikai alkotmány és a jog és az etika szétválasztásának vége

Végül, visszatérve García Amado Prieto Sanchís kritikájára, a neokonstitucionalizmus azzal a feltételezéssel, hogy az alkotmány "egy teljes és koherens axiológiai rendszert alkot, amely az alkotmányszöveg alapjául szolgál, és független attól", egy metafizikai alkotmány létezését védi, amely "minden lehetséges esetre egyetlen választ írna elő", feleslegessé téve a pozitív alkotmányszöveget (BERNAL POLIDO, 2007, 97. o.). A kockázat az, hogy a konkrét alkotmányszövegtől független, egyetemes alkotmány eszméje megerősödik - ez az eszme látszik megmutatkozni abban, hogy az alkotmánybíróságok egyre inkább ~~arra törekednek, hogy más országok alkotmányait idéző országok~~ hasonló bíróságai által hozott határozatokat használjanak fel. Ez a jelenség az Egyesült Államokban még egy olyan törvényjavaslathoz is vezetett (az *Alkotmány helyreállításáról szóló törvény*), amely megtiltana, hogy az amerikai bírák más országok jogi dokumentumait, törvényeit vagy ítéleteit használják.

~~Ebből asenponthozonkívül pbenatikuskatják a neokonstitucionalizmus kritikusai~~ az erkölcsi elveknek a jogba való bevonását, mivel ennek következménye a jogi szabályozás szabad tereinek eltűnése lenne, erősebb értelemben, mint amilyen az alkotmány mindenhatóságának a megerősítésével már volt (MAUS, 2018, 15. o.). Mivel az emberi cselekvés bármely és minden területe erkölcsi elvek tárgya lehet, ha ezeket a jogba foglalják, minden a jogi szabályozás lehetséges tárgyává válik. Ennek szélsőséges példájaként a Rio Grande do Rio Grande-i bíró esetét említem.

Dél, amely elítélte az apát, mert nem szerette eléggé a fiát, mintha az apai szeretet jogi normák tárgya lehetne, és jogi kényszer alá lehetne vetni (az apát kártérítés fizetésére ítélték a fiának). Az igazságszolgáltatás így a társadalom legfőbb erkölcsi instanciájává válik, és ezzel ismét minden más közhatalom fölé helyezi magát. Maus kifejezésével élve, az igazságszolgáltatás a társadalom egyfajta szuperegójává vált (2018), vagy Posner (2005, 99. o.) lekicsinylő kifejezésével élve, a bírák a társadalom "morális élcsapatának" tekintik magukat - ezt a kifejezést a legismertebb brazil neokonstitucionalista, Luis Roberto Barroso is visszhangozza, amikor - de pozitívan! - a "felvilágosult avantgárd" kifejezés (BARROSO, 2015, 42. o.).

A neokonstitucionalista álláspont hívei azt állíthatják, hogy azok az elvek és értékek, amelyek a német szövetségi alkotmánybíróság által "több jognak" vagy szuprapozitív jognak nevezett jognak ~~morálisnak~~ nem egyetemesek és abszolútak, hanem egy bizonyos társadalom, vagy inkább egy bizonyos jogi és politikai közösség sajátjai. A problémát azonban az ilyen értékek azonosítása jelenti. Milyen kapcsolat van egyrészt a társadalomban empirikusan uralkodó erkölcsi meggyőződések, másrészt a bíró erkölcsi meggyőződései között?

Tudjuk, hogy ez a *punctum dolens* azon elméletek esetében, amelyek az erkölcsi elveknek a jogba való beépítését védik, mint például Dworkin elmélete esetében. Mondok egy példát: a homoszexuális párok örökbefogadási joga. Ha az STF-nek ebben a kérdésben kell ítélnie, és bírái úgy döntenek, hogy a kérdésben tisztán elvi súlyozás alapján, erkölcsi elvek alapján döntenek, vajon hivatkoznának-e olyan egyetemes elvekre, mint a szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetés megengedhetetlensége? Vagy inkább a brazil többség erkölcsi érzelmei ~~ajándékosnak, alkalmi közhatalomként~~ az örökbefogadásnak ezt a formáját? Az egyetemes erkölcsi elveknek vagy a helyi erkölcsi meggyőződéseknek engedelmessé válnak? A gyakorlati észnek vagy egy adott jogi közösség *sensus moralis communis*ának? Ha a bírák a második lehetőséget választják, akkor az alkotmány axiológiai modelljét, mint rendet védik-e?

- a konzervatív vagy reakciós gondolkodók klasszikus modellje, azon nézet védelmezői, akik szerint a társadalmi, politikai és erkölcsi *status quo* a nemzeti kultúra kifejeződése és belső értékkel bír (alapvetően ez az az érv, amellyel számos európai országban megvédték a keresztény szimbólumok köztereken, például iskolákban vagy tárgyalóteremekben való elhelyezésének legitimitását). Ha bíránk az első lehetőség mellett döntenének, és egyetemes elvek mentén járnának el, akkor az alkotmány axiológiai modelljét, mint a neokonstitucionalizmusra jellemző normát védelmeznék, de azon az áron, hogy jelentősen eltérnek a társadalomban uralkodó erkölcsi vélekedéstől. Nem mintha ez feltétlenül rossz dolog lenne, különösen olyan esetekben, amikor a tét a jogok kiterjesztése olyan egyénekre, akik eddig nem élvezhették azokat. Ugyanakkor azonban megerősítené azt az elképzelést, hogy a bírák antidemokratikus megoldást keresnek azáltal, hogy politikaellenes álláspontot képviselnek, és mindenekelőtt azzal, hogy a társadalom legfőbb erkölcsi tekintélyének állítják be magukat.

~~A bírónak erkölcsi felszólításra van szüksége a neokonstitucionalizmus elvhatatlan feltételének túllépésénél.~~
Gustavo Zagrebelsky az alkotmánybíráskodásról szólva megállapítja: "az alkotmánybíráskodás hangsúlyozottan struktúrafeletti jellege, a ~~közelről néző és~~ a politikai testületek ~~éltetésétől~~ elszakadt követelések kifejezése mindig kiállítja a bíróságokat döntéseik legitimitásának, összetételüknek, erős ellentétek esetén pedig még létük megkérdőjelezésének is" (2006, 6. o.). Ami itt érdekes, az az a tény, hogy Zagrebelsky pozitívan kiemeli azt a távolságot, amely elválasztja a közhangulatot a bírák döntéseitől. Zagrebelsky, aki - ne feledjük - az olasz alkotmánybíróság tagja és elnöke volt, közvetve védi az ilyen távolságtartás szükségességét, amikor rámutat az alkotmányok, köztük az 1948-as olasz alkotmány köztársasági és nem demokratikus jellegére. A köztársaságot az különbözteti meg a demokráciától, hogy az előbbiben a nép döntési jogköre nem korlátlan. Robert Jackson *bíró* szavaival élve a *West Virginia Board of Education v. Barnette* ügyben (1943), amelyet Zagrebelsky idézett, "az alkotmány valódi célja [...] az, hogy bizonyos kérdéseket kivonjon a politikai viták szeszélyei alól.

[itt egyfajta politikaellenes polémiát érzékelünk - A. P.], a többségi és a közhivatalnokok számára elérhetetlenek, a bíróságok által alkalmazandó jogelvekként szentesítsék őket. Mindenkinek az élethez, a szabadsághoz, a tulajdonhoz, a szólásszabadsághoz, a sajtószabadsághoz, a vallásszabadsághoz és a gyülekezési szabadsághoz való jogát, valamint a többi alapvető jogot nem lehet szavazásra bocsátani; ezek nem függenek semmilyen szavazás sikerétől" (apud ZAGREBELSKY 2006, 11. o.). Ebből a szempontból Zagrebelsky szerint "az alkotmányos igazságszolgáltatás a köztársaság, nem pedig a demokrácia funkciója" (ibid.).

Valójában ezeket az állításokat az alkotmány mint norma leíró modelljének, sőt az alkotmány mint rend leíró modelljének hívei is osztják, hiszen a második világháború utáni időszakban megfogalmazott alkotmányok többsége - ha nem is mind - kifejezetten kivonja az alapvető egyéni jogokat a többségi döntésekből, még ha ez nem is mindig automatikusan történik: népszavazás kiírása a meglegházaság eltörlésére, vagy annak törvényessé tételének megakadályozására, ahogyan az az elmúlt években több országban is történt, jó példa arra, hogy sajnos nem minden jog vonható le a többség akaratából, és hogy nem minden állampolgár tekinthető jogilag egyenlőnek. Itt a neokonstitucionalistáknak könnyű dolguk van, amikor arra hivatkoznak, hogy az alapvető jogokkal kapcsolatos döntéseket ki kell vonni a népakaratból, és inkább a bíróságoknak kell tulajdonítani.

A probléma az, hogy ez a megoldás nem garantálja, hogy a bíróságokon nem fordul elő ugyanez a megkülönböztetés. Végül is az alkotmánybíróságok nem mindig döntenek egyhangúan. Különösen erkölcsileg vagy politikailag vitatott ügyekben a döntést többséggel hozzák meg, és gyakran nagyon szűk többséggel: a bírák számától függően 5:4, 6:5 és így tovább. Az a benyomásunk, hogy ezekben az ügyekben a bíróság kis parlamentként működött, amint azt Zagrebelsky is elismeri, és hogy a bírák egyéni etikai vagy politikai meggyőződése felülkerekedtek az egyéni jogok védelmére irányuló köztársasági aggodalmon. Erre számos történelmi példát találunk: csak az Egyesült Államok Legfelsőbb Bíróságának különböző döntéseit idézem a rabszolgaság vagy a faji szegregációs törvények legitimitásával kapcsolatban. Zagrebelsky igyekszik meggyőzni bennünket arról, hogy a parlament és az alkotmánybíróság között mégiscsak lenne különbség: "a mérlegelés mint az önmagát ~~érvényesítő~~ ~~kifejezés~~ ~~andya~~ politikai szervezet illeti meg, különbözik az alkotmányos konszenzusra irányuló "köztársasági" mérlegeléstől" (2006, 12. o.). Bevallom azonban, hogy nem látom túl világosan a különbséget, különösen, ha figyelembe veszem a különböző alkotmánybíróságok, köztük a brazil STF által hozott döntéseket, amelyek inkább a bírák személyes politikai vagy erkölcsi álláspontját tükrözik, mint valódi köztársasági érdekeket.

A neokonstitucionalista modellel az a probléma, hogy ~~csak akkor működhet, ha garantáltam, hogy~~ bírák mind olyanok, mint Dworkin Herkules bírāja, és valóban abszolút pártatlanul tudnának dönteni, figyelembe véve a releváns erkölcsi elveket (feltéve, hogy egyáltalán képesek azokat azonosítani). Az empirikus valóság azonban egészen más képet mutat a ~~hiányzó jogfeltételek normalizálás~~ ~~andya~~ mint láttuk, már eleve problematikus) az igazságszolgáltatás politizálását rejti, ami még problematikusabb. Egyre gyakrabban alakul ki az a benyomás, hogy a bírák tisztán politikai döntéseket hoznak, mégpedig úgy, hogy olyan erkölcsi elvek mögé bújnak, amelyeket önkényesen választanak ki a számtalan, ugyancsak érvényes elv közül, amelyeket ~~ugyanígy meg kellene indokolni~~ ~~vagy~~ ~~aká~~ ellentétes döntések indoklásához. A *törvényhozás* példátlan formájával állunk szemben: magára az alkotmányra hivatkoznak, hogy megdöntsék a demokratikusan meghozott döntéseket, hogy ~~eltávolítsák a demokratikusan megválasztott tisztviselőket hivatalukból~~ ~~annak ellenére, hogy erre nincs jogi alapjuk, vagy hogy egyes polgároktól elvegyék az alapvető eljárási jogokat, míg másoknak garantálják azokat.~~ Ezeket a politikai döntéseket tisztán jogi döntésekként mutatják be nekünk, vagy ami még rosszabb, olyan személyek által hozott, erkölcsi alapokon nyugvó döntésekként, akik magukat az ország erkölcsi élvonalának tartják. Kétlem, hogy ez volt a választópolgár szándéka akkoriban.

az alkotmányos ellenőrzés mechanizmusának bevezetésével, de a neokonstitucionalisták valószínűleg azzal vádolnának, hogy az intencionalista irányzat originalistája vagyok, amikor ezt az álláspontot védem.

Az alkotmány azért hozta létre az igazságszolgáltatást, hogy megvédje magát az esetleges önkényuralmi támadásokkal szemben. A probléma az, hogy az igazságszolgáltatás, úgy tűnik, Frankenstein teremtményévé vált: a legjobb szándékkal hozták létre, de arra ítélve, hogy szerencsétlenséget és végül a teremtője pusztulását okozza.

Hivatkozások

BARROSO, L. R. 2015. Szavazás nélkül. A Legfelsőbb Bíróság és a többség. *Brazilian Journal of Public Policy*, 5, 24-50.

BERNAL PULIDO, C. 2007. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (szerk.): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 289-325.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. 1981. *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*. 2. aufgabe. Berlin: Duncker & Humblot.

COMANDUCCI, P. 2007. Modelos e interpretación de la constitución. In: CARBONELL, M. (szerk.). *A neokonstitucionalizmus elmélete. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 41-67.

CONSANI, C. F.; PINZANI, A. 2013. Jefferson kontra Madison felülvizsgálata. *Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics*. Bd. 21: *Das Rechtsstaatsprinzip / A jogállamiság elve*, 111-132.

DWORKIN, R. 2010. *A jogok komolyan vétele*. 3. kiadás. São Paulo: Martins Fontes.

GARCÍA AMADO, J. A. 1996/97. ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. *Archivo de Filosofía del Derecho*, XIII-XIV, 65-85.

GARCÍA AMADO, J. A. 2007. Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (szerk.): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 237-264.

GUASTINI R. 2002. La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento giuridico. In: MAZZARESE, T. (szerk.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 147-172.

JESTAEDT, M. 2011. Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O.; MÖLLERS, Ch.; SCHÖNBERGER, Ch. *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 77-157.

MAUS, I. 2018. *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich. Zur Position der Rechtsprechung in der Demokratie*. Berlin: Suhrkamp.

MÖLLERS, Ch. 2011. Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts. In: JESTAEDT, M.; LEPSIUS, O.; MÖLLERS, Ch.; SCHÖNBERGER, Ch. *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 281-422.

MOREIRA, E. R. 2008. *Neokonstitucionalizmus. Az alkotmány inváziója*. São Paulo: Método.

PAUER-STUDER, H.; FINK, J. (Hrsg.) 2014. *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*. Berlin: Suhrkamp.



POSNER, R. 2005. A Legfelsőbb Bíróság, 2004-es ciklus - Előszó: A politikai bíróság. *Harvard Law Review*, 119, 32-102.

PRIETO SANCHÍS, L. 2003. Neokonstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. (szerk.). *Neokonstitucionalizmus(ok)*. Madrid: Trotta, 123-158.

PRIETO SANCHÍS, L. 2007. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, M. (szerk.): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 213-235.

ZAGREBELSKY, G. 2006. *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*. Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale - Roma, 22 aprile 2006 Hozzáférhető: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Zagr/Zagrebelisky_Repubblica_22apr2006.pdf (hozzáférés: 2020. április 30.)